



Bescheid

I. Spruch

1. Die Kommunikationsbehörde Austria (KommAustria) stellt im Rahmen ihrer Rechtsaufsicht über private Rundfunkveranstalter und Mediendienstanbieter gemäß § 2 Abs. 1 Z 7 KommAustria-Gesetz (KOG), BGBl. I Nr. 32/2001 idF BGBl. I Nr. 136/2022, in Verbindung mit § 61 Abs. 1 und § 62 Abs. 1 Audiovisuelle Mediendienste-Gesetz (AMD-G), BGBl. I Nr. 84/2001 idF BGBl. I Nr. 55/2022, fest, dass die PULS 4 TV GmbH & Co KG (FN 167897h) am 30.12.2021 im Fernsehprogramm „Puls 24“ die Bestimmung des § 43 Abs. 2 AMD-G, idF BGBl. I Nr. 190/2021, verletzt hat, indem sie um ca. 20:11:23 Uhr Werbung ausgestrahlt hat, die nicht eindeutig durch optische, akustische oder räumliche Mittel von dem vorhergehenden redaktionellen Programm getrennt war.
2. Der PULS 4 TV GmbH & Co KG wird gemäß § 62 Abs. 3 AMD-G aufgetragen, nachfolgenden Text innerhalb von sechs Wochen ab Rechtskraft dieses Bescheides an einem Wochentag zwischen 19:00 und 21:00 Uhr vor oder nach einem Werbeblock durch Verlesung sowie Einblendung des Textes im Bild in folgender Form im Satellitenfernsehprogramm „Puls 24“ zu veröffentlichen:

„Die Kommunikationsbehörde Austria hat im Rahmen ihrer Rechtsaufsicht über private Rundfunkveranstalter und Mediendienstanbieter Folgendes festgestellt:

Die PULS 4 TV GmbH & Co KG hat am 30.12.2021 um ca. 20:11 Uhr im Fernsehprogramm „Puls 24“ Werbung ausgestrahlt, ohne diese durch optische, akustische oder räumliche Mittel eindeutig von dem vorhergehenden redaktionellen Programm zu trennen. Dadurch hat sie gegen das Gebot der eindeutigen Trennung der Werbung von anderen Programmteilen nach § 43 Abs. 2 Audiovisuelle Mediendienste-Gesetz verstoßen.“

3. Der PULS 4 TV GmbH & Co KG wird gemäß § 29 Abs. 1 AMD-G aufgetragen, binnen weiterer zwei Wochen der KommAustria Nachweise der Veröffentlichung gemäß Spruchpunkt 2. in Form von Aufzeichnungen zu übermitteln.

II. Begründung

1. Gang des Verfahrens

Mit Schreiben vom 30.12.2021 wurde die PULS 4 TV GmbH & Co KG gemäß § 2 Abs. 1 Z 7 KOG iVm § 29 AMD-G aufgefordert, Aufzeichnungen der am selben Tag von 19:00 bis 21:00 Uhr im Fernsehprogramm „Puls 24“ ausgestrahlten Sendungen vorzulegen.

Mit Schreiben vom 04.01.2022 kam die PULS 4 TV GmbH & Co KG der Aufforderung nach und übermittelte einen Link zum Download der gegenständlichen Sendungen.

Mit Schreiben vom 25.01.2022 leitete die KommAustria gegen die PULS 4 TV GmbH & Co KG ein Rechtsverletzungsverfahren gemäß § 61 Abs. 1 und § 62 Abs. 1 AMD-G wegen des Verdachts der Verletzung der Bestimmung des § 43 Abs. 2 AMD-G ein. Der PULS 4 TV GmbH & Co KG wurde dabei die Gelegenheit eingeräumt, Stellung zu nehmen. Dieses Schreiben ist der PULS 4 TV GmbH & Co KG am 26.01.2022 zugegangen. Es langte keine Stellungnahme ein.

2. Sachverhalt

Auf Grund des durchgeführten Ermittlungsverfahrens steht folgender entscheidungswesentlicher Sachverhalt fest:

2.1. Zur Mediendienstanbieterin

Die PULS 4 TV GmbH & Co KG ist eine zu FN 167897h eingetragene Gesellschaft mit Sitz in Wien.

Sie ist aufgrund des Bescheides der KommAustria vom 28.08.2019, KOA 2.135/19-016, Inhaberin einer Zulassung zur Veranstaltung des Satellitenfernsehprogramms „Puls 24“.

2.2. Zur den gegenständlichen Sendungen

Die PULS 4 TV GmbH & Co KG hat im Fernsehprogramm „Puls 24“ am 30.12.2021 von ca. 20:11:27 bis ca. 21:16:46 Uhr während der Sendung „12 Monate – 12 Stunden – Das war 2021“ einen Werbeblock ausgestrahlt.

Vor dessen Beginn wird um ca. 20:11:23 Uhr ein sich aufbauendes Trennmittel eingeblendet, das mit dem Namen des Senders in weißer Großschrift und darunter in kleinerer Schriftgröße dem Schriftzug „Werbung“ auf violetterem Hintergrund mit pinken Streifen endet und akustisch von einer Tonfolge begleitet wird:

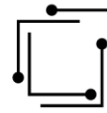


Abbildung 1: Trennmittel zu Beginn des Werbeblocks um ca. 20:11:26 Uhr (Abschlusseinstellung)

Es folgt um ca. 20:11:27 Uhr ein Werbespot für „Hornbach“. Dieser endet mit der Einblendung der Unternehmensbezeichnung und dem Slogan „*Es gibt immer was zu tun*“ sowie einem Hinweis auf die Homepage des Unternehmens.

Unmittelbar anschließend wird um ca. 20:12:27 Uhr erneut das bereits um ca. 20:11:23 Uhr ausgestrahlte Trennmittel ausgestrahlt, mit der gleichen akustischen Unterlegung.



Abbildung 2: Trennmittel um ca. 20:12:29 Uhr (Abschlusseinstellung)

Unmittelbar anschließend folgt um ca. 20:12:30 Uhr ein Werbespot für „HD Austria“. Auf diesen folgen bis ca. 20:16:46 Uhr weitere Werbespots.

Das Einleitungsschreiben der KommAustria vom 25.01.2022 mit der Aufforderung zur Stellungnahme ist der PULS 4 TV GmbH & Co KG am 26.01.2022 zugegangen.

3. Beweiswürdigung

Die Feststellungen zur PULS 4 TV GmbH & Co KG sowie zu deren Zulassung ergeben sich aus dem zitierten Bescheid der KommAustria, den zugrundeliegenden Akten und dem offenen Firmenbuch.

Die Feststellungen zum Ablauf und zu den Inhalten des am 30.12.2021 von 19:00 bis 21:00 Uhr ausgestrahlten Satellitenfernsehprogramms „Puls 24“ gründen sich auf die vorgelegten Aufzeichnungen.

Die Feststellung vom Zugang des Einleitungsschreibens der KommAustria vom 25.01.2022 samt Aufforderung zur Stellungnahme ergibt sich aus dem Zustellnachweis im Akt.

4. Rechtliche Begründung

4.1. Zuständigkeit der Behörde

Gemäß § 2 Abs. 1 Z 7 KOG obliegt der KommAustria unter anderem die Beobachtung der Einhaltung der Bestimmungen der §§ 31 bis 38 und 42a bis 45 AMD-G durch private Rundfunkveranstalter und Mediendienstanbieter. Zur Erfüllung dieser Aufgabe hat die KommAustria in regelmäßigen, zumindest aber in monatlichen Abständen bei allen Rundfunkveranstaltern und Mediendienstanbietern Auswertungen von Sendungen, die kommerzielle Kommunikation beinhalten, durchzuführen. Binnen vier Wochen, gerechnet vom Zeitpunkt der Ausstrahlung der Sendung oder der Bereitstellung, hat die Regulierungsbehörde jene Sachverhalte, bei denen der begründete Verdacht einer Verletzung der genannten Bestimmungen vorliegt, von Amts wegen weiter zu verfolgen.

Aufgrund der Ergebnisse der Auswertung der am 30.12.2021 von 19:00 bis 21:00 Uhr im Satellitenfernsehprogramm „Puls 24“ ausgestrahlten Sendungen war ein Verfahren zur Feststellung von Rechtsverletzungen gemäß § 61 Abs. 1 und § 62 Abs. 1 AMD-G einzuleiten und der PULS 4 TV GmbH & Co KG Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben.

4.2. Rechtsgrundlagen

§ 2 AMD-G idF BGBl. I Nr. 190/2021 lautet auszugsweise:

„Begriffsbestimmungen

§ 2. Im Sinne dieses Gesetzes ist:

[...]

2. audiovisuelle kommerzielle Kommunikation: Bilder mit oder ohne Ton, die

a) der unmittelbaren oder mittelbaren Förderung des Absatzes von Waren und Dienstleistungen oder des Erscheinungsbilds natürlicher oder juristischer Personen, die einer wirtschaftlichen Tätigkeit nachgehen, oder

b) der Unterstützung einer Sache oder einer Idee

dienen. Diese Bilder sind einer Sendung oder im Fall der lit. a auch einem nutzergenerierten Video gegen Entgelt oder eine ähnliche Gegenleistung oder im Fall der lit. a als Eigenwerbung beigefügt oder darin enthalten. Zur audiovisuellen kommerziellen Kommunikation zählen jedenfalls Produktplatzierung, die Darstellung von Produktionshilfen von unbedeutendem Wert, Sponsorhinweise und auch Werbung gemäß Z 40;

[...]

16. Fernsehprogramm: ein audiovisuelles Rundfunkprogramm im Sinne des Artikels I Abs. 1 des Bundesverfassungsgesetzes über die Sicherung der Unabhängigkeit des Rundfunks, BGBl. Nr. 396/1974, oder ein anderer über elektronische Kommunikationsnetze verbreiteter audiovisueller Mediendienst, der von einem Mediendiensteanbieter für den zeitgleichen Empfang von Sendungen auf der Grundlage eines Sendeplans bereitgestellt wird;

[...]

40. Werbung: jede Äußerung bei der Ausübung eines Handels, Gewerbes, Handwerks oder freien Berufs, die in Fernsehprogrammen vom Anbieter (Fernsehwerbung) oder als Bestandteil eines audiovisuellen Mediendienstes auf Abruf vom Anbieter entweder gegen Entgelt oder eine ähnliche Gegenleistung oder als Eigenwerbung gesendet oder bereitgestellt wird, mit dem Ziel, den Absatz von Waren oder die Erbringung von Dienstleistungen, einschließlich unbeweglicher Sachen, Rechte und Verpflichtungen, gegen Entgelt zu fördern. Werbung umfasst weiters jede Äußerung zur Unterstützung einer Sache oder Idee, die gegen Entgelt oder eine ähnliche Gegenleistung verbreitet wird (ideelle Werbung);

[...].“

§ 43 AMD-G idF BGBl. I Nr. 190/2021 lautet auszugsweise:

„Erkennbarkeit und Trennung

§ 43. (1) Fernsehwerbung und Teleshopping müssen leicht als solche erkennbar und somit vom redaktionellen Inhalt unterscheidbar sein.

(2) Fernsehwerbung und Teleshopping müssen durch optische, akustische oder räumliche Mittel eindeutig von anderen Sendungs- und Programmteilen getrennt sein.

[...].“

4.3. Verletzung von § 43 Abs. 2 AMD-G (Spruchpunkt 1)

1. Bei dem um ca. 20:11:27 Uhr ausgestrahlten Spot für „Hornbach“ sowie dem um ca. 20:12:30 Uhr ausgestrahlten Spot für „HD Austria“ handelt es sich um Werbung.

Werbung ist nach § 2 Z 40 AMD-G durch zwei Tatbestandselemente gekennzeichnet: Die werbliche Gestaltung einer Äußerung und die Entgeltlichkeit ihrer Ausstrahlung. Für die Qualifikation einer

Äußerung als „werblich gestaltet“ ist maßgeblich, „ob die Äußerung mit dem Ziel ... zu fördern, gesendet wird“ (vgl. VfSlg. 17.006/2003) und, daraus abgeleitet, ob die konkrete Darstellung geeignet ist, „bislang uninformierte oder unentschlossene Zuseher für den Erwerb zu gewinnen, woraus auf das Ziel der Absatzförderung zu schließen ist“ (vgl. VwGH 14.11.2007, 2005/04/0167). Das Vorliegen der Entgeltlichkeit wiederum bestimmt sich nach einem objektiven Maßstab. Demnach ist maßgeblich, ob für die Ausstrahlung einer Äußerung durch einen kommerziell tätigen Fernsehveranstalter üblicherweise ein Entgelt oder eine ähnliche Gegenleistung geleistet wird. Es kommt damit nicht darauf an, ob tatsächlich ein Entgelt geleistet wird, sondern, ob dies nach dem Verkehrsgebrauch üblich ist.

Die beiden Spots erfüllen beide Tatbestandsmerkmale: Sie zielen zum einen auf die Förderung des Absatzes der Produkte und Dienstleistungen von „Hornbach“ und „HD Austria“; zum anderen werden derartige Spots üblicherweise von kommerziell tätigen Fernsehveranstaltern wie der PULS 4 TV GmbH & Co KG nur gegen Entgelt ausgestrahlt – wofür nicht zuletzt auch die Platzierung der beiden Spots in einem Werbeblock spricht.

2. Nach § 43 Abs. 2 AMD-G ist Werbung eindeutig von anderen Programmteilen zu trennen. Dies erfordert sowohl zu Beginn der Werbeeinschaltung eine eindeutige Trennung, um eine Täuschung über den werbenden Charakter der Einschaltung zu vermeiden, als auch am Ende der Werbeeinschaltung, damit der Zuseherin und dem Zuseher der erneute Beginn der fortgesetzten redaktionellen Sendung angekündigt wird (vgl. BKS 23.06.2006, 611.001/0024-BKS/2005; KommAustria 17.03.2016, KOA 2.250/16-004).

Nach der Rechtsprechung muss bei Fernsehprogrammen für den Durchschnittsseher zweifelsfrei erkennbar sein, dass Werbung folgt, oder aber Werbung beendet wird und wieder das redaktionelle Programm beginnt. Dem Fernsehveranstalter kommt bei der Wahl der zur Trennung verwendeten Mittel ein Gestaltungsspielraum zu, solange gewährleistet ist, dass auf Seiten des Zusehers jeder Zweifel darüber ausgeschlossen ist, ob nun nach einem bestimmten Trennungselement Werbung oder eben redaktionelles Programm folgt (BKS 27.06.2008, 611.941/0001-BKS/2008, mwN). Der Zuseher wäre ansonsten geradezu gezwungen, nach jedem Trennungselement zu prüfen, ob nun tatsächlich Werbung folgt bzw. ob Werbung endet (vgl. BKS 17.11.2008, 611.009/0021-BKS/2008). Dem Erfordernis der Eindeutigkeit des zur Trennung verwendeten Mittels wird damit nur dann Rechnung getragen, wenn die Trennung durchgehend und einheitlich erfolgt (vgl. BKS 26.02.2007, 611.009/0002-BKS/2007; 06.09.2005, 611.009/0021-BKS/2005).

Die „Eindeutigkeit“ eines zur Trennung der Werbung vom Programm verwendeten Mittels erfordert, dass dieses oder ein ähnliches Mittel nicht in verwechslungsfähiger Weise auch anderweitig eingesetzt wird. Ein vom Rundfunkveranstalter als „Trenner“ zwischen Programm und Werbung und umgekehrt eingesetztes Gestaltungselement – wie gegenständlich das in Abbildung 1 dargestellte Trennmittel – verliert daher dann seine „Eindeutigkeit“, wenn es in derselben (oder in verwechslungsgünstiger) Form auch zwischen einzelnen Werbespots ausgestrahlt wird (vgl. BKS 31.03.2008, 611.009/0031-BKS/2007 [zu § 13 Abs. 3 ORF-G aF, nunmehr § 14 Abs. 1 ORF-G]; KommAustria 03.03.2016, KOA 4.424/16-001; ähnlich BKS 23.06.2006, 611.001/0024-BKS/2005; 18.10.2007, 611.009/0020-BKS/2007; 17.11.2008, 611.009/0021-BKS/2008; 14.12.2009, 611.030/0001-BKS/2009; 19.04.2010, 611.030/0001-BKS/2010; weniger restriktiv bei der Verwendung von Werbetrennern auch bei ungestalteten Sponsorhinweisen Bundesverwaltungsgericht [BVwG] 13.03.2019, W219 2150261-1).

Im Sinne dieser Spruchpraxis liegt daher gegenständlich durch das zu Beginn des Werbeblocks um ca. 20:11:23 Uhr ausgestrahlte Trennmittel keine eindeutige Trennung der Werbung von dem vorhergehenden redaktionellen Programm – der Sendung „12 Monate – 12 Stunden – Das war 2021“ – vor.

3. Durch den dargestellten Sachverhalt wird daher die Bestimmung des § 43 Abs. 2 AMD-G, wonach Werbung von anderen Programmteilen durch optische, akustische oder räumliche Mittel eindeutig zu trennen ist, verletzt.

4.4. Zur Veröffentlichung der Entscheidung (Spruchpunkte 2. und 3.)

Die Verpflichtung zur Veröffentlichung stützt sich auf § 62 Abs. 3 AMD-G. Nach dieser Bestimmung kann die Regulierungsbehörde auf Veröffentlichung ihrer Entscheidung erkennen und dem Mediendienstanbieter auftragen, wann und in welcher Form diese Veröffentlichung zu erfolgen hat. Die Bestimmung räumt der Behörde in der Frage der Veröffentlichung ihrer Entscheidungen Ermessen ein. Bei der Ausübung dieses Ermessens sind die in der Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes zu § 29 Abs. 4 Rundfunkgesetz [§ 37 Abs. 4 ORF-G] entwickelten Gesichtspunkte (vgl. VfSlg. 12.497/1990) zu beachten (vgl. VwGH 14.11.2007, 2005/04/0180, zum im Wesentlichen gleichlautenden § 26 Abs. 2 PrR-G, mwN).

Aus dem genannten Erkenntnis VfSlg. 12.497/1990 ergibt sich, dass bei der Ausübung dieses Ermessens zu beachten ist, dass eine begangene Rechtsverletzung durch einen „*contrarius actus*“ des Rundfunkveranstalters (im gegenständlichen Fall Fernsehanbieter) nach Möglichkeit wieder ausgeglichen werden muss. In der Regel wird die angemessene Unterrichtung der Öffentlichkeit über eine verurteilende Entscheidung der Behörde stets erforderlich sein. Nur in jenem verhältnismäßig schmalen Bereich, in dem die Entscheidung für die Öffentlichkeit ohne jedes Interesse ist, kann eine Veröffentlichung unterbleiben.

Daher entscheidet die KommAustria auf Veröffentlichung ihrer Entscheidung und trägt der PULS 4 TV GmbH & Co KG auf, den Spruchpunkt 1. in der unter Spruchpunkt 2. angeführten Form binnen sechs Wochen ab Rechtskraft der Entscheidung, an einem Wochentag zwischen 19:00 und 21:00 Uhr vor oder nach einem Werbeblock im Satellitenfernsehprogramm „Puls 24“ zu veröffentlichen. Die Wahl der Sendezeit der Veröffentlichung ergibt sich aus dem Umstand, dass die mit diesem Bescheid festgestellte Rechtsverletzung in diesem Zeitrahmen erfolgte.

Die Vorlage der Aufzeichnungen dient der Überprüfung der Erfüllung des Auftrags zur Veröffentlichung und stützt sich auf § 29 Abs. 1 AMD-G (Spruchpunkt 3.).

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

III. Rechtsmittelbelehrung

Gegen diesen Bescheid steht der/den Partei/en dieses Verfahrens das Rechtsmittel der Beschwerde gemäß Art. 130 Abs. 1 Z 1 B-VG beim Bundesverwaltungsgericht offen. Die Beschwerde ist binnen vier Wochen nach Zustellung dieses Bescheides schriftlich, telegraphisch, fernschriftlich, im Wege automationsunterstützter Datenübertragung oder in jeder anderen technisch möglichen Weise bei der Kommunikationsbehörde Austria einzubringen. Die Beschwerde hat den Bescheid, gegen den

sie sich richtet, ebenso wie die belangte Behörde, die den Bescheid erlassen hat, zu bezeichnen und die Gründe, auf die sich die Behauptung der Rechtswidrigkeit stützt, das Begehren sowie die Angaben zu enthalten, die erforderlich sind, um zu beurteilen, ob die Beschwerde rechtzeitig eingebracht wurde.

Für die Beschwerde ist eine Gebühr in Höhe von EUR 30,- an das Finanzamt für Gebühren, Verkehrssteuern und Glückspiel (IBAN: AT83010000005504109, BIC: BUNDATWW, Verwendungszweck: „Bundesverwaltungsgericht / KOA 2.250/22-021“, Vermerk: „Name des Beschwerdeführers“) zu entrichten. Bei elektronischer Überweisung der Beschwerdegebühr mit der „Finanzamtszahlung“ sind die Steuernummer/Abgabenkontonummer 109999102, die Abgabenart „EEE – Beschwerdegebühr“, das Datum des Bescheides als Zeitraum und der Betrag anzugeben. Die Entrichtung der Gebühr ist durch einen Zahlungsbeleg oder einen Ausdruck über die erfolgte Erteilung einer Zahlungsanweisung nachzuweisen.

Wien, am 27. Dezember 2022

Kommunikationsbehörde Austria

Mag. Thomas Petz, LL.M.
(Mitglied)